

Sigilo profissional. Reflexos da violação no âmbito das provas ilícitas

MARCO ANTÔNIO DE BARROS (*)
Procurador de Justiça - SP

SUMÁRIO: 1 – Sigilo e segredo. 2 – O sigilo e a vontade juridicamente relevante do interessado. 3 – A tutela constitucional do sigilo. 4 – Difusão do sigilo profissional no ordenamento jurídico. 5 – O crime de violação de segredo profissional. 6 – O crime de violação de segredo funcional. 7 – A proibição do depoimento no processo penal. 8 – O ato ilícito de violação do sigilo e a ilegalidade refletida no processo penal. 9 – A inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos. 10 – A violação do sigilo admitida em casos excepcionais. 11 – O Sigilo do advogado. 12 – O sigilo médico. 13 – O sigilo do jornalista. 14 – Conclusões.

1 – Sigilo e segredo

Embora comumente utilizados como sinônimos, sigilo e segredo não possuem idêntico significado. A individualização é necessária para o perfeito dimensionamento das palavras. De Plácido e Silva ⁽¹⁾ anota que sigilo vem do latim *sigillum*, significando marca pequena, sinalzinho, selo. Então, imperando a idéia de algo que está sob selo, o sigilo traduz, com maior rigor, o segredo que não pode nem deve ser violado. Para Bernardino Gonzaga ⁽²⁾ segredo é o informe que, sendo do conhecimento apenas do seu titular ou de determinado número de pessoas, não deve, por disposição de lei ou por vontade juridicamente relevante do interessado, ser transmitido a outrem. Acquaviva ⁽³⁾ vai mais além ao afirmar ser impossível confundi-los, pois segredo é o fato que se pretende desconhecido em nome da ordem pública, e sigilo é o meio, o instrumento de que se servem os interes-

(*) - Mestrando em Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da USP e Diretor da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU.

(1) - De Plácido e Silva, "Vocabulário Jurídico", Forense, 1991.

(2) - Gonzaga, João Bernardino, "Violação de Segredo Profissional", Max Limonad, 1976.

(3) - Acquaviva, Marcus Cláudio, "Dicionário Jurídico Brasileiro" Jurídica Brasileira 7ª edição, 1995.

sados para manter íntegro o desconhecimento de tal fato. Com o rompimento do sigilo opera-se a revelação do segredo.

Logo, segredo é o que não pode ser revelado e sigiloso é o informe a que se tenha atribuído a qualidade de secreto e que se revelado a terceira pessoa possa acarretar um dano para o seu titular.

2 – O sigilo e a vontade juridicamente relevante do interessado

O sigilo prende-se à vontade do interessado em manter secreto um fato. Essa vontade tanto pode partir do Estado quanto do particular, quer seja pessoa física ou jurídica. O conteúdo do sigilo protegido não está especificado em lei, até porque seria absolutamente inimaginável especificar a diversificada pleora de seu conteúdo. Porém, o rigor protetivo que o ampara legalmente somente produzirá os efeitos reparatórios e sancionadores se o segredo revelado descrever acontecimentos verdadeiros.

Não se olvide que o sigilo pode envolver fatos presentes, passados e até mesmo futuros e o seu lacre, de natureza inquebrantável, deverá ser mantido enquanto prevalecer a vontade na ocultação por parte do interessado. Todavia, se a notícia desses fatos penetrar no domínio público por outras formas, rompe-se o caráter sigiloso.

3 – A tutela constitucional dos sigilo

A proteção legal dada ao sigilo visa defender a liberdade individual e a personalidade moral do indivíduo, dando guarida ao pleno exercício de sua vontade. De seu turno, os deveres de manutenção do segredo estabelecidos pela própria lei constituem clara limitação à liberdade individual de informação, fixando-se assim a imagem do verso e averso de uma moeda cunhada no sistema das liberdades públicas agasalhadas pela Constituição Federal, mediante a qual se afasta o absolutismo de um direito por ela garantido, pois cada direito ou liberdade deve harmonizar-se a outros direitos e liberdades.

Ao discorrer sobre a proteção constitucional estabelecida em relação ao sigilo e desenvolvendo um raciocínio de repúdio ao praxismo verificado no processo de execução civil, em situações nas quais o credor comodamente busca acesso ao banco de dados mantido pelo poder público, objetivando desvendar elementos personalíssimos capazes de contribuir para a descoberta de algum bem passível de penhora de propriedade do devedor, Vasconcelos⁽⁴⁾ anota que o espírito da atual Lei Maior foi o de, sistematicamente, expungir do direito brasileiro a possibilidade de devassa da intimidade, resguardando-a mediante assecuratório sigilo, somente afetado em condições excepcionais, por força de ordem judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Convém ponderar, desde logo, que mesmo no processo civil não se formou ainda uma barreira intransponível ao acesso das informações de que disponha a Delegacia da Receita Federal acerca do patrimônio do executado. Em recente Acórdão proferido pela 3ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, nos autos de agravo de instrumento 676.589-3, datado de 19/3/96, relatado pelo juiz Aloísio de Toledo César, ficou assentado que não se pode opor tal sigilo ao Estado, pois a doutrina vem entendendo que a execução forçada é ato do Estado. Desse modo, o caráter público do processo autoriza o juiz a requisitar as informações de que necessita para a invasão da esfera patrimonial do devedor, resguardando-se o sigilo em juízo.

Aliás, a idéia embutida nesse acórdão é a mais consentânea com a realização da justiça. Viceja na doutrina moderna, e nela podemos destacar a presença de Cândido Rangel

Dinamarco⁽⁵⁾, o firme entendimento no sentido de que o exercício da jurisdição estatal está no resultado que ela produz, ou seja, na própria efetividade da tutela jurisdicional. “O que se projeta na vida das pessoas é o resultado da jurisdição, do processo”. Assim, uma sentença condenatória, por si, pode não representar a efetiva reparação do prejuízo, como sucede na hipótese do devedor que não a respeita. Por isso, desde que o Judiciário igualmente zele pelo sigilo das informações pessoais do executado, nada impede – e até é recomendável para a realização da verdadeira justiça – que se possa obter os dados necessários junto ao fisco para a concreta aplicação da lei executória na área civil.

Não pode prevalecer a falsa impressão de que a Constituição Federal de 1988 não tutelou o sigilo profissional por não tê-lo elevado ao patamar de garantia ou princípio constitucional. É inegável sua inserção numa série de direitos especialmente protegidos pela Magna Carta, destacando-se sobretudo a convicção de que o sigilo faz parte do elenco de atributos da intimidade, que por sua vez é formada por elementos personalíssimos rigorosamente marcados pelo sinal da inviolabilidade (art. 5º, X, CF).

Nesse contexto estrutural das novas garantias individuais asseguradas pela Magna Carta, cabe destacar a promissora visão da professora Ada Pellegrini Grinover ao prece-der às reformas constitucionais da época atual, pois antes da vigência dessa nova ordem constitucional, ela já pregava o reconhecimento do direito à intimidade como sendo integrante dos direitos de personalidade a ser respeitado no processo penal. No seu entender, “a evolução da vida moderna, através da intensificação das relações sociais e do progresso dos meios técnicos, tende a uma limitação cada vez maior da esfera em que se pode viver ao abrigo de interferências alheias. Por isso mesmo, hoje mais do que nunca, coloca-se o problema de tutelar o indivíduo contra a invasão do próximo, bem como das autoridades”. Assim, genericamente, o direito à intimidade nada mais é do que “direito ao segredo ou à reserva, integrante da categoria dos direitos da personalidade”⁽⁶⁾.

Conquanto não figure expressamente do rol de direitos e garantias fundamentais, pode-se inferir que o dever de guardar sigilo profissional mantém-se firme e escorado no perfil constitucional traçado pelo legislador de nossos dias atuais, visto que a obrigação imposta ao confidente vela pelo respeito ao direito de intimidade do confitente.

4 – Difusão do sigilo profissional no ordenamento jurídico

Com o escopo de dar guarida à liberdade individual caracterizada pela vontade do confitente, o legislador ordinário tem dedicado significativa atenção ao sigilo. Apenas com o propósito de confirmar a sua predominante e reiterada intenção nesse sentido e sem a menor pretensão de esgotar as hipóteses legais de sua previsão, arrolam-se aqui alguns exemplos atinentes ao direito de proteção ao sigilo.

No campo do Direito Civil, ninguém poderá ser obrigado a depor de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo (art. 144, Cód. Civil). Explicitando essa possibilidade de abstenção do depoimento, a lei adjetiva civil declara que a testemunha não é obrigada a depor de fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo, sendo permitido à testemunha requerer ao juiz que a escuse de depor. Além disso, nem mesmo a parte está obrigada a depor de fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo. Esta disposição não se aplica, porém, às ações de filiação, dissolução do matrimônio e anulação de casamento. E tanto a parte quanto o terceiro podem se escusar de exibir, em juízo, o documento ou a coisa, se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo (arts. 406, II; 414, § 2º; 347, II; e 363, IV, do Código de Processo Civil).

(4) - Vasconcelos. Antônio Vital Ramos de. “Proteção constitucional ao sigilo”. Justitia 159/35. 1992.

(5) - Dinamarco, Cândido Rangel, trabalho inédito, aulas do Curso de Pós-Graduação da USP, 1996.

(6) - Grinover. Ada Pellegrini. “Liberdades públicas e processo penal”. Revista dos Tribunais. 2ª ed. 1982. págs. 69 e 77.

Na esfera do Direito Comercial também há proteção ao sigilo. É dever dos corretores guardar inteiro segredo nas negociações de que se encarregarem e se da revelação resultar prejuízo, serão obrigados à sua indenização, e até condenados à perda do ofício e da metade da fiança prestada, provando-se dolo ou fraude (art. 56, Cód. Comercial). O sigilo igualmente prevalece nas operações de instituições financeiras, e somente mediante requisições do Poder Judiciário ou de Comissões Parlamentares de Inquérito é que se poderá quebrar a rigidez do sigilo bancário (art. 38, da Lei nº 4.595/64).

O Direito trabalhista arrola como falta grave e admite como justa causa, para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, a violação de segredo da empresa (art. 482, "g", da CLT).

Mesmo nas recentes medidas criadas pelo legislador, ao dispor sobre a utilização de meios operacionais que objetivam prevenir e reprimir ações praticadas por organizações criminosas, nota-se a imposição de cautelas que respeitam o sigilo. Desse modo, as investigações de atos delituosos praticados por organizações criminosas podem incluir o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais. E se ocorrer a possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por leis, as diligências serão realizadas pelo juiz, a quem caberá adotar o mais rigoroso segredo de justiça, conservando-se o auto de diligência fora dos autos do processo, em local de conhecimento exclusivo do magistrado (arts. 2º e 3º da Lei nº 9.034/95).

Já ficou dito que a vontade na manutenção do sigilo pode partir do próprio Estado (retro, nº 2). Dessa forma, a lei também dita regras de proteção ao sigilo de interesse do Estado ou da administração pública.

Um caso notório está previsto na lei que define os crimes de responsabilidade, considerando crime contra a existência política da União revelar negócios políticos ou militares que devam ser mantidos secretos a bem da defesa da segurança externa ou dos interesses da Nação (art. 5º, Lei nº 1.079/50). Também na lei que estabelece norma sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, impõe-se ao servidor guardar sigilo sobre assunto da repartição, podendo até ser demitido, no caso de revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo (arts. 116 e 132, da Lei nº 8.112, de 11.12.90).

Outro exemplo registra-se na lei que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou funcional. Aqui é considerado ato de improbidade administrativa a revelação de fato ou circunstância de que tenha tomado ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo. Na mesma proporção, se revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadorias, bem ou serviço, aplicar-se-á, em ambas as hipóteses, a pena de ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 3 a 5 anos e pagamento de multa (art. 11, Lei nº 8.429, de 2.6.92).

Ainda no ramo do Direito Público, considera-se crime devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo, sendo apenado com detenção de 2 a 3 anos e multa, conforme previsto na lei que instituiu normas de licitações e contratos da administração pública (art. 94 da Lei nº 8.666, de 21.6.93). A persistente obrigatoriedade do segredo também é contemplada na esfera tributária (arts. 197 e 198, do Código Tributário Nacional).

Além das figuras delitivas que serão melhor analisadas nos itens 5 e 6 adiante, o Código Penal tipifica como condutas criminosas a "divulgação de segredo" (art. 153, pena de detenção de 1 a 6 meses ou multa) e a "violação de segredo de fábrica ou de negócio" (art. 196, XII), punindo esta modalidade do crime de concorrência desleal com detenção de 3 meses a 1 ano ou multa.

Em suma, esta apertada abordagem sobre a difusão do sigilo profissional no ordenamento jurídico encerra a certeza de que o segredo confiado a outrem se reveste, em determinados casos, de uma áurea a que se obriga a respeitar o confidente, sob pena de responder criminalmente pela revelação.

Como bem ponderou Carlos Hagstrom⁽⁷⁾, apesar de objetivar a proteção de interesses privados, o interesse social é a base do segredo profissional. Esse interesse deriva de relações de confiança que impõem a obrigação de discrição. Tanto as relações de confiança quanto a obrigação de discrição envolvem funções ou atividades exercidas por pessoas às quais os cidadãos são obrigados a recorrer e a fazer confidências. Tais atividades correspondem, em geral, a uma relevante missão moral.

5 – O crime de violação de segredo profissional

Como foi visto, a legislação esparsa prodigaliza o sigilo, repetindo-se aqui e acolá sua prevalência em defesa da liberdade individual, reservando inclusive sanções penais graves para quem descumprir a obrigação de guardar o sigilo. Mas a vontade individual, quando legítima, de há muito é tão relevante que o vetusto legislador erigiu ao patamar de infração penal a violação de segredo profissional, cuja figura será agora objeto de destaque.

Alguém que revele, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem, está sujeito a suportar a pena de detenção de 3 meses a 1 ano, ou multa (art. 154, do Código Penal).

Três rápidas observações se fazem acerca do dispositivo de ordem material. Uma delas consiste no sereno entendimento doutrinário no sentido de que para configuração da infração penal, o dano produzido não se restringe ao aspecto econômico, abrangendo também o prejuízo de ordem moral, público, particular, individual ou familiar sofrido pelo interessado na manutenção do segredo. A segunda observação diz respeito ao sujeito ativo do crime, ou seja, aquele que revela o segredo de que teve ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão.

A mais objetiva diferenciação entre os tipos de atividade profissional é apresentada por Paulo José da Costa Jr.⁽⁸⁾, para quem função é o encargo recebido por lei, decisão judicial ou contrato (tutor, curador, inventariante, síndico, diretores de escola, hospitais ou empresas); ministério é o mister que tem origem em determinada condição social, de fato ou de direito (padre, freira, missionário, assistente social); ofício é a atividade remunerada, mecânica ou manual (sapateiro, ourives, cabeleireiro, costureiro, etc); profissão é a atividade remunerada, exercida com habitualidade, via de regra de cunho intelectual.

Finalmente, a terceira observação condiz com a atipicidade do fato quando a revelação seja feita com justa causa. A justa causa identifica-se com o justo impedimento de manter o sigilo, ou com a existência da necessidade de confidência, e ela só pode ser aquilatada no caso concreto. Incluem-se obrigatoriamente neste rol o estrito cumprimento do dever legal, o estado de necessidade e a própria legítima defesa do confidente.

Sobre isto, oportuna é a advertência feita por Hermenegildo Rego⁽⁹⁾ ao se questionar se a convocação judicial para depor no processo civil constitui, para o depositário do segredo profissional, justa causa suscetível de legitimar sua revelação. O próprio articulista responde que a revelação do segredo profissional, pelo só fato de ter sido feita em juízo, não deixa de configurar o crime, ressaltando que a revelação de um segredo profes-

(7) - Hagstrom, Carlos Alberto. "O sigilo bancário e o poder público". Revista de Direito Mercantil, nº 79, julho/setembro de 1990, págs. 54/79.

(8) - Costa Jr., Paulo José. "Comentários ao Código Penal", Saraiva, 1988.

(9) - Rego, Hermenegildo de Souza. "Dever de sigilo e escusa de depor". Revista de Processo 33/201.

sional, feita em juízo, como fora dele, se consubstanciada em justa causa, não constituirá crime. Mas a mera situação – depoimento em juízo – não representa, por si, justa causa.

6 – O crime de violação de sigilo funcional

Além da sanção penal estabelecida para os profissionais da área privada, a lei penal também reserva reprimenda ao funcionário público que revela ou facilita a revelação de fato que lhe tenha chegado ao conhecimento em razão do cargo e que devia permanecer em segredo, tipificando, neste caso, a infração de violação de sigilo funcional, que é apenada com detenção de seis meses a dois anos, ou multa (artigo 325, do Código Penal).

O delito de violação de sigilo funcional, com a mesma redação que lhe é dada no Código Penal comum, está incluído no rol das infrações consideradas crimes contra o dever funcional, em prejuízo da administração militar, previstas no Código Penal Militar. O único ponto destoante entre os dispositivos em tela reside na impossibilidade de se optar pela aplicação da pena pecuniária, cuja modalidade não está prevista na norma penal militar (Decreto-Lei nº 1.001, de 21.10.69).

7 – A proibição do depoimento no Processo Penal

O fiel cumprimento das normas que disciplinam o sigilo e a supremacia dos efeitos restritivos que delas decorrem, especialmente quando confrontados com outros valores igualmente protegidos, somente serão alcançados se os aplicadores da lei atentarem para suas nuances.

Grinover, Scarance e Magalhães⁽¹⁰⁾ afirmam que o direito constitucional à prova não é absoluto. Ele se submete à natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, cuja meta é não permitir que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias.

Portanto, existem limites estabelecidos no ordenamento jurídico que buscam estabelecer esse equilíbrio no tratamento das garantias constitucionais, figurando como notório exemplo os impedimentos para depor de pessoas que em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo (art. 207, do Código de Processo Penal e art. 355 do Código de Processo Penal Militar – Dec. – Lei nº 1.002, de 21.10.69).

Vale ressaltar que em alguns Códigos estrangeiros optou-se por uma enumeração limitativa ou especificada, diversamente do quanto aplicado pelo nosso legislador. Assim, por exemplo, no Código de Processo Penal italiano de 1988, conforme regra prevista no artigo 200, está estabelecido que não podem ser obrigados a depor sobre o que tiveram conhecimento em razão do próprio ministério, função ou profissão, salvo os casos em que tenham obrigação de se referir à autoridade judiciária: a) os ministros de confissão religiosa, cujos estatutos não contrastem com o ordenamento jurídico italiano; b) os advogados, procuradores legais, assistentes técnicos e os notários; c) os médicos, farmacêuticos, obstetras e outras pessoas que exerçam função sanitária; d) os que exercem outras profissões as quais a lei reconhece a faculdade de abster-se de depor determinada pelo segredo profissional.

No Brasil, como já vimos, não existe essa especificação. Em regra, os confidentes necessários não podem ser constrangidos a depor, como testemunha, sobre matéria sigilosa. No campo processual civil, a lei lhes institui um direito ao silêncio, facultando ao depoente requerer ao juiz que o escuse de depor (retro, nº 4). No processo penal, onde os valores postos em julgamento são de altíssima relevância, haja vista a possibilidade de envolver a liberdade individual de uma ou mais pessoas, a lei impõe à testemunha o dever de calar.

(10) – Grinover, Ada Pellegrini – Scarance Fernandes, Antônio – Gomes Filho, Antônio Magalhães. “As nulidades no processo penal”. Malheiros Editores, 3ª edição, 1993. pág. 104.

8 – O ato ilícito de violação do sigilo e a ilegalidade refletida no Processo Penal

A violação do sigilo profissional ou do sigilo funcional constitui um ilícito penal (v. retro nºs 4 e 5). Esta afirmativa abre espaço para a seguinte indagação: aproveita-se o depoimento testemunhal de confidente necessário que tenha desrespeitado a norma do art. 207, do CPP?

No nosso sistema processual penal só se considera nulo o ato que se amolde a alguma das hipóteses elencadas no artigo 564, do CPP. Dito rol casuístico não cominou nulidade à prova oral produzida em juízo com violação do sigilo. A própria ausência de regra processual descaracterizadora da legitimidade da prova assim obtida contribuiu para a frutificação de corrente doutrinária, já superada, que admitia a ilicitude da prova no processo, sob o argumento de que ao partir a vedação de uma norma material, impunha-se punir o autor do ilícito penal, enquanto nenhum reflexo prejudicial dessa ilicitude se transplantaria ao processo no qual a prova fora produzida.

O descompasso dessa mentalidade doutrinária foi energicamente combatido por Grinover⁽¹¹⁾ para quem, nem mesmo pela via extensiva de aplicação do disposto no art. 564, IV, do CPP, se permitia considerar nulo o caso da testemunha obrigada a depor pelo juiz, apesar da escusa legítima ou da proibição erigida em virtude do sigilo profissional. Cogitava-se então que o legislador punia, através da lei material, o autor da violação do sigilo, mas não repudiava a prova que representava o seu depoimento. Ainda na sua notável avaliação, a jurisprudência brasileira aplicava a teoria do *male captum bene retentum*, em virtude da inexistência, no ordenamento processual, de nulidade cominada para o ato processual de admissão da prova vedada e que retirasse a eficácia jurídica da prova produzida *contra legem*. Assim, mesmo que uma sentença condenatória se baseasse em provas desse jaez, tal decisão não seria rescindível, nem caberia *habeas corpus*. Por isso que a jurista prenunciava a Constituição Federal como fonte definitiva para solucionar o problema atinente à inadmissibilidade das provas obtidas ilegalmente.

Hoje, a resposta categórica à indagação supramencionada é no sentido de ser inválida a prova produzida mediante violação do sigilo profissional ou funcional, já que ínsita de manifesta ilegalidade.

Diz-se que “a prova é ilegal toda vez que a sua obtenção caracterize violação das normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Desse modo, quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida”.⁽¹²⁾

Logo, segundo os novos ditames do processo constitucional, a prova ilegal é inadmissível. Patente é então a inutilidade do depoimento do confidente necessário infrator da norma penal retromencionada. E a constatação desse fato nos faz recordar as expressões de que se serviu Adherbal de Barros⁽¹³⁾, nos seguintes termos: a essência do processo é a realização do Direito Penal, e não a sua infringência.

9 – A Inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos

Do pensamento construído e difundido pioneiramente entre nós pela processualista de escol, Grinover, a questão foi erigida ao topo dos direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição Federal, com a estipulação da seguinte regra: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI).

(11) – Grinover, op. cit. págs. 157, 159 e 176.

(12) – Grinover, op. cit. pág. 98.

(13) – Barros Adherbal de. “A investigação criminosa da prova”. RT 504/288, 1977.

Já vimos que a violação do sigilo profissional constitui um ilícito penal. Cabe então questionar: a ilicitude ditada pela regra material de natureza constitucional torna inadmissível a prova no processo penal?

Não há como escapar à resposta positiva.

No item anterior, ao cuidarmos da ilegalidade da prova, abordou-se a distinção entre a prova ilegítima e a prova ilícita. Segundo aquele entendimento, não se podia, em princípio, impingir de ilegítima a prova consubstanciada na violação do sigilo profissional, eis que na lei processual não existia – e ainda não existe – previsão de sua ineficácia. Mas, com a vedação instituída pela norma material constitucional ela desqualifica-se pela ilicitude e dessa forma torna-se ilegítima por via da sanção processual de inadmissibilidade.

Mesmo se a violação do sigilo profissional não fosse considerada ato criminoso, hipótese que deve ser descartada e tida como absurda, em face da atenção dada à matéria pelo legislador infraconstitucional (v. retro, nºs 4 e 5), ainda assim, já não se poderia mais admitir a produção dessa espécie de prova no processo penal, pois, em última instância, estaria sendo violada uma outra garantia, qual seja, o direito à intimidade assegurado pela Constituição e que incorpora o direito ao segredo (v. retro, nº 3).

De se notar que o termo inadmissibilidade não se coaduna com nulidade ou anulação de eventual prova produzida em tais condições no processo. Na verdade, a ordem que a Lei Maior exprime é de inaceitabilidade da prova, não podendo, portanto, sequer ser colhido o depoimento acobertado pelo manto do sigilo, porquanto a quebra do segredo gera um ilícito que torna defeso ao juiz apreciar o teor do depoimento.

A vedação constitucional coloca uma pá de cal no tema. A lei processual diz que são proibidas de depor as pessoas obrigadas ao sigilo profissional. Mas se eventualmente vier a ser colhido e posteriormente desvendado a ilicitude, o depoimento jamais poderá ser levado em consideração para efeitos de valoração das provas produzidas, porque tal depoimento nunca poderá ser admitido como prova, por força de expressa disposição constitucional.

Com superior habilidade foi este ponto examinado pela professora Grinover, nos seguintes termos: “A Constituição preocupa-se com o momento da admissibilidade, pretendendo claramente impedir os momentos sucessivos de introdução e valoração da prova ilícita. Mas, suponhamos que a prova, embora considerada inadmissível pela Constituição, venha a ser admitida no processo. E que a prova ingresse no processo, vulnerando a regra constitucional. De duas, uma: ou partimos para a idéia de que nesse caso a atipicidade constitucional acarreta, como consequência, a nulidade absoluta e, portanto, no plano processual, a prova admitida **contra constitutionem** será nula e nula será a sentença que nela se fundar, ou então, numa interpretação mais consentânea com a norma constitucional, firmamos o entendimento de que a Lei Maior, ao considerar a prova inadmissível, não a considera prova, tem-na como “não prova”, como prova inexistente juridicamente. Nesse caso será simplesmente desconsiderada.”⁽¹⁴⁾

Poderia alguém questionar, em complemento: como saber então se um depoimento violador do sigilo profissional, ainda que desentranhado o seu termo dos autos, teria ou não influenciado o juiz no julgamento do processo? A resposta para dirimir a dúvida vamos encontrar na fundamentação da sentença ou decisão, cujo elemento é indispensável e garantido pela própria constituição ao jurisdicionado, visto tratar-se de um dever imposto ao julgador pela própria Constituição Federal (art. 93, IX).

A questão da inadmissibilidade da prova ilícita já foi enfrentada pela Suprema Corte do nosso País, em v. acórdão que se tornou famoso pela profundidade dos votos dos eminentes Ministros, publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, nº 7,

julho/setembro – 1994, do qual, pela clareza e concisão de seu brilhante voto, destacamos o seguinte trecho ditado pelo culto Ministro Celso de Mello: “O fato irrecusável, Sr. Presidente, é que a prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica. A **Exclusionary Rule** – considerada essencial pela Jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pela Polícia e pelo Ministério Público – destina-se, na abrangência de seu conteúdo, a proteger, pelo banimento processual de evidências ilicitamente coligidas, os réus criminais contra a ilegítima produção ou a ilegal colheita de prova incriminadora”.

10 – A violação do sigilo admitida em casos excepcionais

Todavia, recomenda a cautela não se abraçar de vez o aparente absolutismo da norma constitucional. Vimos que somente a revelação de segredo, sem justa causa, configura o delito de violação profissional (v. retro, nº 5). Então é preciso atentar para aquelas hipóteses em que a quebra do sigilo pode ser feita com justa causa, descaracterizando-se a ilicitude do ato.

Magalhães Noronha ensinava que “a justa causa funda-se na existência de estado de necessidade: é a colisão de dois interesses, devendo um ser sacrificado em benefício do outro; no caso, a inviolabilidade dos segredos deve ceder a outro bem-interesse. Há, pois, objetividades jurídicas que a ela preferem, donde não ser absoluto o dever do silêncio ou sigilo profissional”⁽¹⁵⁾.

Além disso e para reforço do abrandamento interpretativo da norma constitucional processual, em casos excepcionais, mais uma vez vamos buscar subsídios nos ensinamentos de Grinover, Scarance e Magalhães⁽¹⁶⁾, os quais ressaltam que “a teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa a corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado **Verhältnismässigkeitsprinzip**, ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes”.

Estes mesmos juristas acrescentam que, “embora reconhecendo que o subjetivismo insito no princípio da proporcionalidade pode acarretar sérios riscos, alguns autores têm admitido que sua utilização poderia transformar-se no instrumento necessário para a salvaguarda e manutenção de valores conflitantes, desde que aplicado única e exclusivamente em situações tão extraordinárias que levariam a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes, se inadmitida a prova ilicitamente colhida”.

Júlio Mirabete⁽¹⁷⁾ acrescenta que, quanto ao princípio da proibição de provas obtidas ilicitamente, a teoria dominante é a de que ele é atenuado pela tendência que visa corrigir possíveis distorções que a rigidez do princípio pode acarretar, fundando-se tal idéia no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes. Dentro dessa tendência também está o chamado critério da proporcionalidade, pelo qual nenhuma prova ilícita pode ser excluída quando é a única possível nas circunstâncias concretas, ou quando é favorável ao réu (**favor rei**).

(15) – Noronha E. Magalhães, “Direito Penal”, Saraiva 17ª ed. vol. 2 1981, pág. 209.

(16) – Grinover, Scarance, Magalhães, op. cit., pág. 110.

(17) – Mirabete, Júlio Fabiani, “As provas ilícitas e a violação do sigilo bancário”, Livro de Estudos Jurídicos R. 1992, págs. 171/174.

(14) – Grinover, Ada Pellegrini, “A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal” – Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo junho de 1992, pág. 34.

Na verdade, a questão do caráter excepcional da admissibilidade da prova ilícita encerra um debate que se trava dentro do próprio Judiciário. Se ao término do item 9 acima fizemos questão de ressaltar a existência de um Acórdão do STF que tem servido de paradigma para os seus posteriores julgados, no sentido de não se aceitar a produção de prova ilícita, o fato é que o STJ parece dar um enfoque diverso ao tema.

Pelo menos é o que se constata em Acórdão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado no DJU de 26.2.96, pág. 4.084, tendo como relator o ilustre Ministro Adhemar Maciel, nos autos de HC nº 3.982/RJ, com v.u. e a seguinte ementa: "Constitucional e Processo Penal. **Habeas Corpus**. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala "são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito", não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da "atualização constitucional" (*verfassungsaktualisierung*), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da "Razoabilidade" (*Reasonableness*). O "princípio da exclusão das provas ilícitamente obtidas" (*Exclusionary Rule*) também lá pede temperamentos. Ordem denegada".

Destarte, a prudência recomendada ao juiz no âmbito do direito material se repete no direito processual. A ele compete, no enfoque do caso concreto, examinar o cabimento da aplicação da teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade para temperar o rigor da inadmissibilidade da prova ilícita, mesmo porque, pelo sistema constitucional vigente, não há falar-se em garantia absoluta, extremada e isenta de restrição decorrente do respeito que se deva a outras garantias de igual ou superior relevância.

11 – O sigilo do advogado

O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei (art. 133, da Constituição Federal).

Ao advogado impõe-se o dever de fidelidade a quem dele se socorre. Já na antiga Roma, o dever moral impedia o advogado de depor contra seus clientes. Daqueles tempos até os nossos dias agigantou-se sobremaneira a conotação daquele dever, bastando lembrar os dispositivos legais retromencionados, aos quais o advogado, como profissional que é, deve se submeter. E, além daqueles impedimentos, restrições e sanções legais, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil estabelece ser um direito do advogado recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional (Lei nº 8.906/94, art. 7º, XIX).

O advogado está submetido a rigoroso dever ético, moral e legal de preservação do sigilo, principalmente na área criminal, pois a exigência de obediência ao segredo funda sua prevalência no princípio constitucional da garantia de defesa. Com certeza o sigilo inviolável a que se submete o advogado não se resume apenas ao que lhe for transmitido verbalmente pelo cliente, mas também às anotações, documentos, cartas a que tiver acesso e tudo mais que lhe chegar ao conhecimento no exercício do seu mister.

Tão delicada é esta questão que, no seio de sua classe, prevalece o entendimento generalizado de se tratar de algo místico ou sagrado, e o único juiz da necessidade de que-

brar-se o segredo profissional é o próprio advogado. Neste sentido, nem quando autorizado por seu cliente, impõe-se ao profissional a obrigação de prestar testemunho, pois nem sempre será possível eliminar o risco de que a revelação do segredo possa lançar uma nódoa sobre a sua performance no processo, passível de críticas de seus pares, já que em foco também está a confiança que se deposita na advocacia.

Bernardino Gonzaga assevera que "se, embora autorizado pelo constituinte, o advogado desvende tudo e adere à acusação, rompe-se o indispensável equilíbrio da justiça e fica infringida a norma cogente, que impõe o efetivo exercício da defesa"⁽¹⁸⁾. Note-se que uma situação assim assemelhada poderá até mesmo alterar a tipificação do crime, passando a configurar o delito de patrocínio infiel (art. 355, do CP), que absorve o delito de violação de segredo profissional.

Tal rigor do dever de sigilo não foi adotado em outras legislações, na mesma medida. Diferentemente do nosso sistema, outros há onde impera a mitigação do direito e dever sagrados de manter o sigilo.

É o caso da Itália. Bonavolontà⁽¹⁹⁾ anota que "quando la dichiarazione concerne un segreto di ufficio o professionale, l'autorità giudiziaria, se ha motivo di dubitare della fondatezza di essa e ritiene di non potere procedere senza acquisire gli atti, i documenti o le cose sopra indicate, può provvedere agli accertamenti necessari e se la dichiarazione risulta infondata, può disporre il sequestro".

Ainda outro exemplo dessa interferência na consciência do advogado é encontrado no direito processual penal português. Naquele país, a revelação do segredo pelo profissional é até mesmo exigida em alguns casos quando se constata a existência concorrente de um dever prevalente. Segundo Cremilda Ferreira⁽²⁰⁾, existem dois tipos de situações de prevalência: quando a revelação se destina a propiciar a melhor defesa do cliente; e quando ela sirva de prevenção criminal e exercício da justiça penal.

Na primeira hipótese, embora considerada arriscada pelos doutrinadores portugueses, a revelação será tida como lícita se o advogado obteve a autorização do cliente. Quanto à segunda, tem-se presente um outro bem penalmente tutelado e de valor superior, que autoriza a quebra do sigilo. Diz a mencionada autora que não faz sentido manter o dever de sigilo quando a revelação dos fatos é necessária para evitar a ocorrência de um crime contra a vida ou contra a integridade física.

Por sinal, no direito processual penal português, sempre que houver dúvida fundada sobre a legitimidade da escusa apresentada pelo advogado, o juiz poderá instaurar, no curso da ação penal, o chamado incidente de legitimidade de escusa a prestar declarações, ou o incidente da quebra de sigilo profissional (art. 135, CPP português), com o fito de, ouvida previamente a Ordem dos Advogados, decidir se o advogado deve, ou não, prestar depoimento.

Mas, entre nós, não há falar de tais possibilidades interventivas ou incidentais para obrigar o advogado a depor. Sua consciência ética – da qual é ele o único juiz – e a fé de seu grau não lhe permitem depor como testemunha. E ele não pode sequer ser ameaçado pelo envolvimento como testemunha na polícia sobre fatos atribuídos a seu cliente. Trata-se de um direito que a lei lhe assegura, desonerando-o, inclusive de informar o que constitua sigilo profissional. E é referendado por nossa jurisprudência (RT 625/293, 559/99, 547/289, 531/401).

Vigora entre nós a proibição do depoimento no processo penal e o indeclinável direito de escusar-se a depor no processo civil. A ilicitude que marca o testemunho pres-

(18) – Gonzaga, João Bernardini, op. cit., pág. 89.

(19) – Bonavolontà, Luigi, "Nuovissimo manuale di procedura penale", 3ª edição, Pirola Editora, 1995, pág. 75.

(20) – Ramos Ferreira, Cremilda Maria, "Sigilo profissional na advocacia", Coimbra Editora, 1991, págs. 60 e 61.

tado com violação do sigilo profissional, caracteriza-o como prova ilícita, portanto, inadmissível no processo, salvo em casos excepcionais (v. retro, nºs 9 e 10).

Pondere-se, no entanto, que o sigilo profissional não pode servir de escudo para extremismos. A advocacia é tida pela Constituição como uma das funções essenciais à justiça. Destarte, não se descuide da observância do sistema das liberdades públicas (v. retro, nº 3), que nos recomenda observar que os direitos e deveres referentes ao sigilo profissional não são absolutos, pois eles se anteparam com a obediência e respeito a outras garantias constitucionais destinadas à proteção do bem comum, da ordem social e até mesmo de garantia à cidadania e à própria vida.

Por isso não se permite ao advogado transformar o seu escritório em depósito de instrumentos de crimes, ali escondendo, por exemplo, arma utilizada pelo cliente na prática do delito, cujo objeto interessa a *persecutio criminis*. Da mesma forma não se lhe permite asilar o cliente contra o qual tenha sido expedido mandado de prisão. Em tais hipóteses, além de comportar-se em desacordo com a ética profissional, poderá ser acusado de favorecimento real ou favorecimento pessoal (arts. 349 e 348, do CP).

Se o regime democrático a todos impõe o dever de responsabilidade na apuração da verdade, o direito de sigilo só se comporta nas expressas restrições da lei. Alcança só o ato profissional do advogado, não todos os atos da vida do advogado. Segredo profissional e responsabilidade caminham entrelaçados, sem distorções (RT 653/116).

12 – O sigilo médico

O lendário juramento de Hipócrates impregnou-se no exercício da medicina: “O que, no exercício ou fora do exercício e no comércio da vida, eu vir ou ouvir, que não seja necessário revelar, conservarei como segredo”.

Para a classe médica, o segredo é algo que não se pode dissociar do exercício da sua profissão. No dizer de Gonzaga⁽²¹⁾, pelas peculiares condições em que exerce o seu mister, o médico tem freqüentes vezes diante de si, abertos em leque, informes íntimos da mais variada qualidade. Colhe não apenas esclarecimentos reservados sobre o cliente, mas sobre sua família, parentes próximos e até mesmo alusivos a terceiros àquele ligados. Penetra no recesso dos lares. Necessita conhecer as causas da moléstia em exame, que podem desembocar em delicadas origens: comportamentos viciosos, eticamente reprováveis ou delituosos, dificuldades econômicas, disputas domésticas, etc.

Nem sempre o diagnóstico da moléstia ou da lesão física sofrida pelo paciente será o fato que este deseja manter em segredo. Em alguns casos o que se pretende manter escondido do domínio público são as circunstâncias que ensejaram o surgimento da moléstia ou da lesão.

Por vezes se tem a impressão que a classe médica fora outrora mais zelosa no cumprimento dessa obrigação. Não raro, hoje, nos deparamos com médicos que, preocupados em divulgar seus novos métodos científicos de tratamento, ou com a sua promoção pessoal, expõem os pacientes e seus males ao domínio público, fazendo-o mediante publicações e entrevistas publicadas e transmitidas pela imprensa em geral.

Kfoury Neto⁽²²⁾, lembrando lições de Genival Veloso França, menciona que “o segredo médico absoluto inexistiu em nossos dias. Os boletins médicos fornecidos à imprensa sobre diagnósticos e principalmente sobre as condições de pessoas de certa projeção, ou sobre cirurgias de publicidade exagerada, vêm transformando o segredo médico em letra morta, onde se deixa o paciente em plano secundário procurando-se

destacar uma técnica e uma habilidade como manobras heróicas e salvadoras de determinadas situações”.

Estas e outras formas de tornar público o segredo são vedadas pelo próprio Código de Ética Médica, promulgado em 1988, proibindo o médico de revelar fato de que tenha conhecimento em virtude de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização do paciente.

Vale ressaltar que os direitos e deveres postos nas leis em relação ao médico não se restringem à figura específica deste profissional. É importante observar a correta dimensão do termo empregado, visto que as restrições e garantias examinadas neste tópico servem para os psicólogos e psicanalistas, dentistas, enfermeiros, parteiras, etc.

É óbvio que o dever de manter o segredo profissional não se aplica aos médicos que funcionem como peritos auxiliando a Justiça ou a Polícia nas investigações e elucidações de crimes. De igual sorte, na esfera privada, os médicos contratados para proceder exames que antecedem a contratação de empregado, a obtenção de aposentadoria, ou a autorização e sua renovação da licença para dirigir veículos, não estão adstritos à obrigatoriedade do sigilo, pois é inerente à modalidade de tarefa que exercitar, fornecer detalhadas informações ao superior ou ao empregador acerca do resultado de tais exames.

Sobre a excepcionalidade da justa causa, que atua como fator incidental e liberatório da revelação, acreditamos já termos tecido algumas considerações que se amoldam inteiramente ao presente tópico deste estudo (v. retro, nº 5). Ressalve-se, entretanto, como o fez Mendes⁽²³⁾, que o instituto da justa causa não deve servir para obrigar o médico a revelar fato sob a tutela do sigilo profissional. O profissional, especificamente o médico, não pode ser constrangido a pautar determinada conduta, sem que a lei o obrigue.

Outra circunstância importante, que afasta o dever de sigilo e conseqüentemente torna lícita a revelação, senão a caracteriza como impositiva, consiste no dever legal. Aliás, no capítulo que trata sobre os crimes contra a saúde pública, está prevista a infração penal denominada omissão de notificação de doença, que se consumará quando o médico deixar de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória, ficando sujeito à aplicação da pena de detenção de seis meses a dois anos, e multa (art. 269, do CP). Mais um outro exemplo dessa modalidade de dever imposto ao médico encontra-se na recente lei que trata do planejamento familiar, que submeterá o médico a idêntica sanção, privativa de liberdade e pecuniária, se deixar de notificar à autoridade sanitária as esterilizações cirúrgicas que realizar (art. 16, da Lei nº 9.263, de 12.1.96). Mas é bom ressaltar que o artigo 66 da Lei das Contravenções Penais descrimina a omissão de comunicação de delito de ação pública, de que se teve conhecimento no exercício da medicina, para não expor o cliente a procedimento criminal.

Quando se tratar de médico-perito, ele sequer poderá calar-se, devendo mesmo revelar toda a verdade em processo judicial, administrativo, ou no inquérito policial e até perante o juízo arbitral, sob pena de cometer o crime de falsa perícia, previsto no artigo 342, do Código Penal, que é punido com pena de reclusão de um a três anos, e multa, podendo ser agravada nas hipóteses de ser praticado o crime com o propósito de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou se cometido mediante suborno.

Nesses casos, o que se verifica é justamente o oposto, ou seja, o médico não poderá valer-se do argumento do sigilo profissional. Ao contrário, ele tem o dever de prestar tais informações, como aliás sucede na área trabalhista, quando será obrigatória a notificação das doenças profissionais e das produzidas por condições especiais de trabalho, comprovadas ou suspeitas (CLT, art. 169). Porém, impõe-se o dever de prestá-las aos órgãos habilitados a recebê-las, não podendo ser prestadas a terceiros, sob pena de, aí sim, incorrer na prática do crime de violação de sigilo profissional (v. retro, nº 5).

(21) - Gonzaga, João Bernardino, op. cit., pág. 112.

(22) - Kfoury Neto, Miguel. “A responsabilidade civil do médico”. RT 654/57, 1990.

(23) - Mendes, Antônio Carlos. “Segredo médico”. Pareceres RDP 78/96, 1981.

Outra situação que o libera do dever de manter sigilo se dá quando o paciente autoriza a revelação do fato. É claro que a autorização em si não obriga o médico a depor sobre o que souber ou tiver conhecimento acerca do seu cliente, descoberto em razão do exercício de sua profissão. Aqui também nos parece que a decisão sobre a revelação, ou não, se transfere para a consciência do médico, a quem caberá sobre ela posicionar-se.

Mas o que mais tem atormentado nossos Tribunais no que se refere ao sigilo médico não é propriamente o seu depoimento testemunhal em juízo, mas sim os desentendimentos que derivam da recusa por parte de médicos e diretores de hospitais em atender às requisições feitas por juízes para que sejam apresentadas as fichas clínicas de pacientes e prontuários médicos.

Cabe indagar-se: tais informes estariam acobertados pelo apanágio sigiloso? - impõe-se ou não a obrigatoriedade de apresentação das fichas clínicas e prontuários médicos ao juiz?

Constantes e acalorados são os debates que cercam esta questão, propiciando o surgimento de posições extremadas, como aquela sustentada por Moreira de Carvalho⁽²⁴⁾, para quem "existe justa causa para o Poder Judiciário requisitar informações e cópias de fichas clínicas, sendo a prestação por parte de médicos e hospitais perfeitamente legal, não configurando qualquer tipo de infração, pois a revelação não é leviana e sim técnica, clara e objetiva, para responder aos interesses da sociedade. O não atendimento da requisição importa no crime de desobediência".

Não concordamos com esse posicionamento. Preferimos acompanhar a colocação feita por Wolfgang Stein⁽²⁵⁾ que, ao citar Eduardo Espinola Filho, anotou que a justa causa para compelir ao desnudamento de segredo médico só pode ser um motivo legal, isto é, uma causa reconhecida pelo legislador como derogatória do direito de silêncio. Aliás, a inteligência dos dispositivos legais que envolvem o segredo profissional médico foi enfrentada com ímpar profundidade pela mais alta Corte do País, cujo julgado se tornou famoso pela riqueza dos votos exarados por seus eminentes ministros, estando publicado na RT 562/407, donde se abstrai que "a pública potestade só forçará o desvendar de fato sigiloso se a tanto autorizada por específica norma de lei formal. Trata-se de atividade totalmente regrada, prefixados os motivos pelo legislador, a não comportar a avaliação discricionária da autoridade administrativa ou judiciária do que possa constituir justa causa para excepcionar o instituto jurídico da guarda do segredo profissional. Este tutela a liberdade individual e a relação de confiança que deve existir entre profissional e cliente, para a proteção de um bem jurídico respeitável, como o é o direito à salvação adequada da vida ou da saúde. No embate com o direito de punir, o Estado prefere aqueles outros valores".

Encontramos apoio para esta tese em venerando Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, relatado pelo desembargador Geraldo Gomes, publicado na RT 567/83, com a seguinte ementa: Embora a obrigatoriedade do sigilo profissional não se apresente em caráter absoluto, admitindo exceções, também esbarra em restrições o poder ou faculdade da autoridade em requisitar informes ou elementos para instruir processos criminais. Assim, não se cuidando de crimes relacionados com a prestação de socorro médico ou de moléstia de comunicação compulsória, em que fica o profissional desonerado do aludido sigilo, é de se ter por subsistente cuidando-se de tratamentos particulares, seja no tocante à espécie de enfermidade, seja quanto ao diagnóstico ou à terapia aplicada. Por isso, neste mandado de segurança entendeu-se estar caracterizado o constrangimento ilegal, decorrente da intimação judicial feita a médico e hospital para apresentar as fichas clínicas e prontuários da vítima de suicídio, sob pena de responsabilidade e desobediência.

(24) - Carvalho, Jefferson Moreira de, "Sigilo médico", RT 722/594, dezembro de 1995.

(25) - Wolfgang Stein, Joachim "Prova: segredo médico, abortamento criminoso consentido" 'Justitia' 114/235.

Entendeu-se, afinal, ser inadmissível a intimação por ofensa ao sigilo profissional, constando-se, ademais, a ausência de justa causa para tal exigência.

Existem outros exemplos na jurisprudência confirmando o respeito que se devota ao sigilo médico. Conforme se verifica em julgado prolatado pelo Tribunal de Alçada de São Paulo, publicado na RT 643/304, ao proceder ao interrogatório judicial, o réu teria afirmado ser portador do vírus da AIDS. Diante disso, o juiz requisitou informações ao hospital, sob pena de desobediência. Impetrado *habeas corpus* em favor da médica, seguiu-se a edição do Acórdão relatado pelo juiz Walter Swensson, de cujo teor se destaca: "Existem restrições ao poder ou faculdade da autoridade judiciária de requisitar informações no que se refere a tratamento médico a que está ou foi submetida determinada pessoa, seja no pertinente à espécie de enfermidade, seja quanto ao diagnóstico ou à terapia aplicada. O sigilo profissional a que está sujeito o médico só pode ser dispensado para fornecimento de informes ou elementos para instrução de processos-crime que visem à apuração de infrações criminais relacionadas com a prestação de socorro médico ou moléstia de comunicação compulsória. Assim, não caracteriza crime de desobediência a conduta do facultativo que deixa de atender à requisição judicial de informações sobre o estado de saúde de réu em processo-crime, sob a violação de sigilo profissional, uma vez que não necessária a providência à instrução de processo-crime, podendo, ademais, as informações respectivas, devidamente atualizadas, ser obtidas através de inspeção médica na própria comarca ou em hospital da rede penitenciária, sendo irrelevante o fato de ter o interessado anuído ao seu fornecimento se tal anuência não constava do ofício respectivo, lícito, portanto, à médica supô-la inexistente".

Bem por isso e em coerência com o que anotamos no item 3 deste trabalho, e considerando ademais que a proteção constitucional reservada ao sigilo garante a liberdade individual e a personalidade moral do indivíduo, com as ressalvas supramencionadas, entendemos que o médico ou hospital não estão obrigados a apresentar ao juízo as fichas clínicas e prontuários médicos constantes dos seus arquivos. Em caso de absoluta e superior necessidade de se conhecer os registros de tais documentos, aferível somente em casos excepcionais, poderá o juiz obter as informações mediante a realização de diligência de médico perito nomeado para esse fim, a quem não se impõe, como já foi dito, o dever de manter o segredo profissional.

13 - O sigilo do jornalista

É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, XIV, da Constituição Federal).

Com sua arguta inteligência, João Bernardino Gonzaga⁽²⁶⁾, tantas vezes lembrado, nos diz que o jornalista é, por natureza, um ser indiscreto, até porque jornalismo e segredo são institutos que não defendem a mesma bandeira.

O jornalista está ou não submetido ao dever de segredo profissional? Eis aí outra questão que encontra acirrados e antagônicos enfoques.

Para livrar-se do aprisionamento do sigilo, o jornalista invoca a garantia constitucional da liberdade de informação e a utilidade pública da imprensa. Escuda-se, ademais, em outro cânone constitucional garantidor de que "nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social" (art. 220, § 1º, da Constituição Federal).

Tornamos a ressaltar, ainda uma vez, que o sistema das liberdades públicas ditado pela Constituição Federal (v. retro, nº 3) afasta o aparente absolutismo do direito à veicu-

(26) - Gonzaga João Bernardino op cit. pág 127

lação de informações. Assim, o jornalista, no exercício do seu mister, deve respeitar os direitos fundamentais assegurados no Capítulo VII da Lei Maior, que versa sobre a família, criança, adolescente e idoso. Não pode, por exemplo, esquecer que a liberdade de informação está limitada por outras liberdades, como sucede na proibição da divulgação, por qualquer meio de comunicação, do nome ou fotografia de criança ou adolescente envolvido em ato infracional, de forma a permitir sua identificação, direta ou indiretamente, configurando-se aí a infração administrativa prevista no artigo 247 da Lei nº 8 069, de 13.7.90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

De seu turno, a lei que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informações assegura o sigilo, dispondo que nenhum jornalista, radiorepórter ou comentarista poderá ser compelido ou coagido a indicar o nome de seu informante ou a fonte de suas informações, não podendo seu silêncio, a respeito, sofrer qualquer sanção, direta ou indireta, nem qualquer espécie de penalidade (arts. 7º e 71, da Lei nº 5.250, de 9.2.67).

Desobrigado de revelar as fontes de que se valeu para colher seu material informativo, isto é, onde e de quem colheu as informações, fica-lhe facilitada a obtenção de novas notícias junto a pessoas que sabem que suas identidades serão preservadas pelo sigilo profissional do jornalista. E, nesse diapasão, gozando da confiança do informante, assume o jornalista o dever profissional de não identificá-lo para quem quer que seja.

Aqui também verificamos a subsunção do profissional a todo contexto ético que cerca sua atividade. Ele não apenas tem o direito de guardar sigilo sobre quem seja sua fonte, mas o dever de não revelá-la, sob pena de cometer o crime de violação de sigilo profissional.

Sempre útil a lição que Magalhães Noronha⁽²⁷⁾ nos deixou a respeito do debate. Para ele, "sem grande razão, se tem discutido acerca do jornalista, argumentando alguns que sua profissão é mesmo dar à publicidade fatos de que tem conhecimento. Não há dúvida de que ele goza, por essa razão, de maior amplitude, devendo a pessoa que lhe confia um segredo esperar a publicação. Todavia, a missão do jornalista é bem outra do que a de devassar a vida privada das pessoas, descobrir e expor a nu fatos, ocorrências e acontecimentos que nenhum valor têm, senão satisfazer a curiosidade mórbida de alguns, com prejuízo insanável para aquelas. O jornalista que deseja enaltecer sua nobre profissão não se pode conduzir desse modo. Por que estaria a salvo da sanção do artigo 154 do Código Penal o jornalista que, valendo-se de sua profissão, penetrasse a casa alheia e ali, surpreendendo um segredo, viesse depois a contá-lo ao público?"

Como visto, em nossa legislação, o dever de sigilo profissional impõe limitações à persecução penal que tolhem do juiz a ampla verificação das provas, na medida em que o profissional esteja proibido de depor no processo penal ou possa escusar-se de fazê-lo no processo civil.

Isto não sucede na Itália. Assim como é possível partir-se ao meio a inviolabilidade sigilosa do advogado (v. retro, nº 11), o jornalista também poderá ser forçado a desvendar o segredo e apontar a fonte informativa, sempre que as notícias se tornarem indispensáveis para os fins da prova do crime e se a sua veracidade somente puder ser verificada através da identificação da fonte da notícia, caso em que o juiz determina ao jornalista que a indique⁽²⁸⁾.

Em suma, no Brasil, advogados, médicos e jornalistas têm o direito-dever do segredo profissional. Excetuadas as restritas hipóteses referidas neste contexto, esses profissionais não podem e não devem depor como testemunha ou fornecer dados que resultem na violação do sigilo, sob pena de incidirem em ilícito penal.

Todavia, se a violação do sigilo profissional tornar-se uma medida imperiosa no caso concreto, conforme situações excepcionais por nós já abordadas no item 10 retro, o juiz que dessa forma determinar a colheita da prova oral para o fim de atingir a adequada e justa aplicação da lei penal, ao tempo em que utiliza desse poder casuístico e de escopo definido se submete também ao dever de restringir a publicidade ampla e genérica que marcam os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, encontrando dessa forma o equilíbrio e compatibilidade entre a relativa preservação da garantia da intimidade tutelada na Constituição (art. 5º, X) com a restrição de acesso a terceiros ao conhecimento do depoimento revelador do sigilo profissional. Permite-se, é claro, o livre acesso dos autos à defesa e à acusação, invocando-se, porém, como regra autorizadora da imposição do "segredo de justiça", ainda que na ausência de lei que o delimite, também a norma constitucional (art. 93, IX, *in fine*), pois o que tenha sido objeto da revelação interessa somente à justa prestação jurisdicional, almejada pelo Estado-Juiz e perseguida pelas partes, e não à publicidade indevida e desnecessária.

14 – Conclusões

1. A manutenção do sigilo profissional é um dever legal imposto pelo interesse social aos chamados confidentes necessários a fim de se preservar a intangibilidade do direito à intimidade, constitucionalmente garantido e inerente a toda pessoa. O direito ao segredo está inserido no rol de elementos personificados e acobertados pela garantia fundamental da inviolabilidade da intimidade (art. 5º, X, CF).

2. Como regra geral, o confidente necessário está proibido de prestar depoimento no processo penal e pode escusar-se de prestá-lo no processo civil. Todo depoimento testemunhal produto de violação do sigilo profissional é, em princípio, ilegal, e dessa forma considera-se prova ilícita.

3. Constituinte modalidade de prova ilícita, sua admissão, também como regra geral, deve ser absolutamente recusada pelo juiz e dela nenhuma influência no julgamento da causa será possível abstrair.

4. Em casos excepcionais, admitir-se-á como sendo válida a prova colhida mediante violação do sigilo profissional. A própria lei penal exclui a ilicitude quando exista a justa causa. E sob o enfoque da ciência processual, doutrina e jurisprudência – repita-se, em casos excepcionais – aceitam a adoção do critério da proporcionalidade ou do princípio da razoabilidade para temperar a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas, cuja norma constitucional não goza de caráter absoluto.

5. A eventual admissibilidade da prova ilícita pela via excepcional não implica, necessariamente, a obrigatoriedade da prestação do depoimento. Advogado, médico e jornalista, ainda que liberados pelo próprio interessado da obrigação de guardar segredo, não podem ser, compulsória ou coativamente, obrigados a romper o segredo.

6. Nessa mesma linha de raciocínio, médico, advogado e jornalista não estão obrigados a apresentar ao juiz as fichas clínicas, prontuários médicos e outros documentos pessoais do paciente, cliente ou interessado, constantes dos seus arquivos e obtidos por força do exercício profissional.

7. Sempre que o juiz, em caráter excepcional, admitir a realização de prova com evidente quebra do sigilo, deverá, a nosso ver, restringir a publicidade ampla daquele ato, preservando, tanto quanto possível, a tutela do direito à intimidade.

(27) – Noronha E. Magalhães, op. cit., pág. 206.

(28) – Buono Carlos Eduardo de Athayde e Bentivoglio Antônio Tomás. "A reforma processual italiana: reflexos no Brasil". 1991. Editora Revista dos Tribunais.